فقه و اصول، سال چهل و نهم، شماره ۳، شمارهٔ پیاپی ۱۱۰
پاییز ۱۳۹۶، ۵۰-۳۱

تحلیل ماهیت و آثار ضمان اعیان در فقه و حقوق ایران*

دکتر محمدمهدی الشریف[1]
دانشیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان
Email: alsharif46@yahoo.com
رضا قاسمی
دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان
Email: ghasemi.rostami@yahoo.com

چکیده

قانون مدنی به‌تبع فقه، عقد ضمان را ناقل ذمه دانسته و موضوع ضمان را به امـوال کلـی یـا دیـون محـدود کـرده است. هر چند نتیجه این تعریف نادرستی ضمان از اعیان خارجی است اما همین قانون در ماده ۶۷۹ بـه ایـن نتیجـه پایبند نمانده و همداستان با اغلب فقیهان، حکم به درستی ضمان عهده کـه خـود قسـمی از ضـمان اعیـان مضـمونه است، داده است. بسیاری از فقیهان معاصر با استفاده از نهاد «عهده» که بـر خـلاف «ذمـه» ظـرف امـوال خـارجی است، ضمان اعیان را عقدی مستقل از ضمان دیون قلمداد کرده و با استناد به عمومات، حکم به صحت ضمان اعیان اعم از مضمونه و غیر مضمونه و نیز درستی بیمه مالی که در تصرف مالک آن است، کرده‌اند. بر پایه ایـن تحلیـل، نتیجه اعتبار نمودن عین خارجی بر عهده این است که ضامن، نخست ملزم به رد عـین و در فـرض تلـف، ضـامن رد بدل به مالک می‌گردد. با توجه به عمومات قانونی هم‌چون ماده ۱۰ قانون مدنی، حکم به درستی اعیـان مضـمونه در حقوق موضوعه نیز با مانع خاصی روبرو نیست.

کلیدواژه‌ها: ضمان اعیان، ضمان اعیان مضمونه، ضمان اعیان غیرمضمونه، ضمان عهده، عقد بیمه

---

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۳/۰۶/۲۹؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۵/۰۳/۱۸.

DOI: 10.22067/fiqh.v0i0.39557

۱ . نویسنده مسئول

مقدمه

ضمان در اصطلاح فقها، عقدی است که به‌موجب آن مـالی از ذمـه شخصـی بیـرون شـده و در ذمـه شخص دیگر قرار می‌گیرد (اردبیلی، ۲۲۰) و به تعبیر کوتاه‌تر ضمان عبارت است از نقل حق از ذمه مدیون به ذمه ضامن (طباطبائی یزدی، العروه الوثقی، ۲/ ۷۷٦). یکی از مباحـث اصـلی در «ضـمان»، بحـث از شرایط موضوع ضمان یا حق مضمون یا مضمونٌ‌به است. تقریباً در تمامی کتب فقهی مرتبط، به این موضوع تصریح شده که «حق مضمون» باید دارای دو شرط باشد: یکی مالیت و دیگری ثبـوت بـر ذمـه. برخـی از فقهاء بر این دو شرط ادعای اجماع نموده‌اند (عاملی، مفتاح الکرامه، ۱۶/ ۳۹۷). قانون مدنی ایـران نیـز در ماده ٦٨٤ به تبع از پیشینه روشن فقهی در تعریف عقد ضمان چنین مقرر مـی‌دارد: «عقـد ضـمان عبـارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به‌عهده بگیـرد». چنان‌کـه پیداسـت هـم در تعریـف فقهی و هم در تعریف قانون مدنی، موضوع عقد ضمان یا «مضمون‌به»، مال ثابت بـر ذمـه اسـت. روشـن است که مال ثابت بر ذمه مالی کلی است زیرا شرط ثبوت مال بر ذمه کلیت آن اسـت و مـال جزئـی قابـل استقرار بر ذمه نیست. مال بر ذمه مفهومی جز «دین» ندارد و از همین‌رو فقها در تعریف دین آن را بـه مـال کلی ثابت بر ذمه تعریف کرده‌اند (گلپایگانی، ۲/ ٦٥). بنابر این عقد ضمان مفهومی جز انتقال «دیـن» یـا مال کلی از ذمه مدیون به ذمه ضامن ندارد (حکیم، ۱۳/ ٢٤٤). در هر حال نتیجه منطقی ایـن تعـاریف آن است که مال خارجی و بطور خاص عین خارجی نمی‌تواند موضوع عقد ضمان قـرار گیـرد (بجنـوردی، ٦/ ۱۱۷)؛ زیرا مال خارجی به‌حسب فرض در خارج تحقق دارد و بـر ذمـه مسـتقر نیسـت. بـه بیـان روشـن‌تر چنان‌چه مالی در خارج موجود باشد، ضمانت در مورد آن امکان‌پذیر نیسـت، زیـرا مـال خـارجی بـر ذمـه شخص قرار ندارد تا بتوان به کمک عقد ضمان، آن مال را از ذمه او خارج و به ذمه ضامن منتقل نمود. لکن با وجود آن‌چه گفته شد در اکثر کتب فقهی، بخشی تحت عنوان ضمانت از اعیان خارجی وجـود دارد، کـه در آن بحث درباره ضمانت از اعیانی مطرح است که در زمان عقد ضمان در خارج موجود بـوده و بـر ذمـه مضمونٌ عنه مستقر نیستند. هر چند با وجود تعریف ضمان به نقل دین از ذمه‌ای به ذمه دیگر و نیز شرایطی که فقهاء برای حق موضوع ضمان لازم دانسته‌اند، بحث از ضمان اعیان خارجی فاقد توجیه به‌نظر می‌رسـد اما چنان‌که گفته شد تقریباً تمامی مؤلفان به بحث در خصوص ایـن مـوارد پرداختـه‌انـد و احیانـاً حکـم بـه صحت برخی از این موارد داده‌اند که از جمله مهم‌ترین و معروف‌ترین آن‌ها می‌توان به ضمان عهـده اشـاره نمود. اصطلاح «ضمان دین» و «ضمان عین» برای نشان دادن این دو قسم از ضمان در کلمات فقهـا بکـار رفته است.

قانون مدنی نیز هر چند در تعریف ضمان از قول حاکم در فقه تبعیت کرده و آن را به بـر عهـده گـرفتن

مال بر ذمه تعریف نموده است و در نتیجه نباید بـه ضـمان اعیـان خـارجی روی خـوش نشـان دهـد، امـا نویسندگان قانون مدنی در این موضوع نیز از فقه تبعیت نموده و حداقل در مورد یکی از اقسام مهم ضـمان اعیان یعنی ضمان عهده، حکم به صحت ضمان داده‌اند. ماده ٦٩٧ ق.م مقـرر مـی‌دارد: «ضـمان عهـده از مشتری یا بایع نسبت به درک مبیع یا ثمن در صورت مستحق للغیر درآمدن آن جایز است». بـه‌موجب ایـن ماده در عقد بیع، ثالث می‌تواند از بایع یا مشتری در مقابل طرف دیگر عقد ضمانت نماید که چنانچه مبیع یا ثمن ملک غیر بوده و معامله فضولی درآید، آنچه بایع یا مشتری از طرف مقابل گرفته به او بازگرداند و در صورت تلف، بدل آن را بدهد. همان‌گونه که پیداست ضمان عهده شامل صورتی که عین مبیـع یـا ثمـن در نزد مضمون‌عنه (مشتری یا بایع) موجود است نیز می‌گردد در حالی‌که در این فرض که مـال تلـف نشـده و بصورت دین بر ذمه بایع یا مشتری قرار نگرفته، ضمان به معنای مصطلح آن یعنی به‌عهده گرفتن دین یا مال ثابت بر ذمه دیگری، تصور ندارد.

حکم به صحت مواردی چون ضمان عهده در عین ناسازگاری با تعریف ضمان و با اشتراط ثبـوت مـال بر ذمه در موضوع ضمان پرسش‌های متعددی را ایجاد می‌کند. آیا همان‌گونه که برخی فقهاء احتمال داده‌اند (عاملی، مفتاح الکرامه، ۱۶/ ۳۹۸) شرط ثبوت مال بر ذمه شرط ضروری برای تحقق ضمان نبوده و ناظر به مورد غالب است؟ (سبزواری، ۲۰/ ۲۸۰) یا برعکس، این شرط ضروری بوده و مـواردی همچـون ضـمان عهده، حکمی استثنائی و مبتنی بر دلیل خاص بوده و از این رو در سایر موارد ضمان اعیان همچون ضـمان اعیان مغصوبه قابل تعمیم نیست؟ در هر صورت چه این حکم استثنائی بوده یا مطابق قاعده و قابل تعمـیم باشد، اثر این‌گونه ضمانات چیست؟ مسلماً اثر ضمان اعیان، نقل دین از ذمه مدیون به ذمه ضامن کـه اثـر ضمان مصطلح یا همان ضمان دیون است نمی‌باشد. زیرا به‌حسب فرض در حین ضمان، دینی وجود ندارد تا سخن از نقل آن به میان آید. پرسش دیگر این‌که در ضمان دیون که نقل ذمه صـورت مـی‌پـذیرد بـا تحقـق ضمان، دیگر مضمون‌عنه مسئولیتی نداشته و مراجعه به او معنا ندارد اما آیا در ضمان اعیان نیز اثـر ضـمان، عدم مسئولیت مضمون‌عنه نسبت به رد عین یا بدل آن است یا این‌که در ضمان اعیان، تکلیـف مضـمون‌عنه یا کسی که عین در تصرف اوست ساقط نشده و او نیز کماکان مکلف به رد عین است و تنها اثر ضمان ایـن است که مسئولیت ضامن به مسئولیت مضمون عنه افزوده می‌شود؟ در فرض اخیر آیا ضمان اعیان مسـتلزم ضم ذمه به ذمه که قول فقهای عامه است نمی‌گردد؟ اساساً آیا مفهوم ضمان در ضمان دیون با مفهوم ضمان در ضمان اعیان و مثلاً ضمان عهده، یکسان است یا مراد از ضمان در ضمان عهده و امثال آن کـه دینـی بـه ذمه نقل نمی‌شود، معنایی دیگر است؟

از دیگر پرسش‌های مطرح در این بحث این است که آیا بر فرض امکان تصـحیح ضـمان اعیـان، ایـن

حکم تنها ناظر به اعیان مضمونه همچون عین مغصوب است یا شـامل اعیـان غیرمضـمونه همچـون عـین مورد عاریه یا اجاره یا رهن و امثال آن نیز می‌گردد؟ و بالاخره آیا می‌توان برای توجیه عقد بیمه اشیاء نیـز کـه عین در نزد صاحب آن است از قالب ضمان اعیان استفاده نمود؟

مفهوم ضمان اعیان

با توجه به کاربردهای مختلف ضمان اعیان در کلمات فقهـاء احتمـالات مختلفـی در خصـوص مـراد دقیق از ضمان اعیان وجود دارد که برای جلوگیری از نقض و ابرام‌های بی‌حاصل، ضروری است محل دقیق نزاع و معنای مورد نظر این مقاله به دقت تبیین گردد. اما پیش از طرح این استعمالات یا احتمالات مختلف یادآوری این نکته لازم است که مراد از عین در تمامی این اصطلاحات، تنها عین خارجی است و عین کلی و بر ذمه مورد نظر نیست. زیرا چنان‌که گفته شد عین کلی و بر ذمه خود قسمی از دیون است و در ضـمانت آن و نقل آن از ذمه‌ای به ذمه دیگر هیچ مشکلی وجود ندارد و اساساً موضوع عقد ضـمان مصـطلح چیـزی جز دیون و اموال بر ذمه که از جمله آن‌ها اعیان بر ذمه است، نیست.

به هر روی یکی از احتمالات در باب معنای ضمان از اعیان این است که ضامن صرفاً بازگرداندن یک عین خارجی را که در نزد غیر مالک است را ضمانت می‌کند و مسئولیت و ضمانت او فرض تلف را شـامل نمی‌شود. نتیجه این احتمال این است که در صورت تلف عین مـورد ضـمانت، مسـئولیتی متوجـه ضـامن نیست.

احتمال دیگر در باب ضمانت از عین این است که ضامن در حین وجـود عـین در قبـال مالـک تعهـد می‌کند که چنانچه مال وی در نزد متصرف و بطور مثال در نزد غاصب تلف شد، او مسئول جبران خسـارت و رد بدل خواهد بود (طباطبائی یزدی، العروه الوثقی، ۲/ ۷۷۶). این احتمال بر خـلاف احتمـال سـابق در زمان بقاء عین، مسئولیتی را متوجه ضامن نمی‌داند و تنها مسئولیت او مربوط به پس از تلف اسـت. تفـاوت این فرض با ضمان مصطلح این است که در ضمان مصطلح در زمان انعقاد ضمان، دین موجود بوده و مثلاً مال در نزد غاصب تلف شده است و به‌محض ضمان، دینِ ناشی از تلف به ذمه ضامن منتقـل می‌گـردد در حالی‌که در این معنا از ضمان اعیان، در زمان تحقق ضمان، دینی موجود نیست و ضامن بصـورت تعلیقـی دین را بر عهده می‌گیرد. به تعبیر کوتاه‌تر در این‌جا تفاوت ضمان عین و ضمان دین در تعلیق و تنجیز دین (و نه عقد) است و ضامن در این قسم از ضمان، «دین معلق» را بر عهده می‌گیرد. بنـابر ایـن تحلیـل، اشـکال ضمان اعیان به موضوع «ضمان ما لم یجب» باز می‌گردد. نتیجه این‌که بنـابراین معنـا، اسـتفاده از عـین در اصطلاح ضمان اعیان مبتنی بر نوعی مسامحه بوده و در واقع آن‌چه مورد ضمان قرار گرفته، نه عین خارجی

بلکه دین احتمالی ناشی از «تلف عین» یا یک دین معلق است.

احتمال سوم این است که مراد از ضمان اعیان التزام به رد عین در صورت بقاء و رد مثل یا بدل در صورت تلف عین مضمون‌عنه است (بحرالعلوم، ۲/ ۱۸۲). به بیان دیگر ضمانت از اعیان خارجی یعنی تعهد ضامن به این‌که عین را به مالک بازگرداند و چنانچه عین تلف شد نسبت به جبران خسارت و رد مثل یا قیمت آن اقدام نماید.

هر چند برای استعمال ضمان اعیان در هر یک از احتمالات بالا و بطور خاص کاربرد دوم و سوم می‌توان در کلمات فقیهان نمونه‌هایی را سراغ گرفت اما تتبع در آراء فقهاء نشان می‌دهد، اصطلاحی که محل نزاع و گفتگو بوده و نقض و ابرام‌ها پیرامون آن شکل گرفته است، عمدتا اصطلاح سوم یعنی التزام ضامن به رد عین در فرض بقاء و رد بدل در فرض تلف است. دلیل این مدعا در درجه نخست این است که اغلب فقهایی که تعریفی از ضمان اعیان بدست داده، همین معنا را به عنوان تعریف ارائه و مورد بحث و گفتگو قرار داده‌اند (نجفی، ۲۶/ ۱۴۰). نکته دیگری که نشان می‌دهد مراد اغلب فقهایی که از ضمان اعیان سخن گفته‌اند، التزام به رد عین در فرض بقاء و رد بدل در فرض تلف است، اشکالاتی است که در کتب فقهی در خصوص ضمان از اعیان مطرح شده است. نگاهی اجمالی به این اشکالات نشان می‌دهد، بحث از ضمان اعیان به هر دو مقطع یعنی زمان وجود عین و هنگام تلف آن ناظر بوده و از همین‌رو برخی از اشکالات مربوط به امکان یا عدم امکان ضمان از عین در حال وجود آن باز می‌گردد و برخی دیگر به امکان ضمان و التزام به جبران مثل یا قیمت قبل از تلف عین راجع است. به عنوان مثال صاحب جواهر در بحث از ضمان اعیان، ضمان اعیان را به دو مرحله ضمان رد (که مربوط به فرض وجود عین است) و ضمان مثل و قیمت (که مربوط به مقطع تلف عین است) تقسیم کرده و بر هر کدام جداگانه اشکال کرده است. ایشان چند اشکال بر ضمان رد عین مطرح نموده از جمله اینکه «وجوب رد» یک تکلیف است و نه «مال بر ذمه» تا بتوان آن را از ذمه مضمون‌عنه منتقل نمود و سپس می‌نویسد این اشکال‌ها همگی مربوط به مرحله نخست بود و اما در مورد مقطع دوم یعنی ضمان مثل و قیمت نیز ما با اشکال ضمان مالم یجب روبرو هستیم (نجفی، همان، ۱۴۱). نظیر این وضعیت را در بسیاری دیگر از کتب فقهی می‌توان مشاهده نمود (شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۴/ ۱۹۵). به‌طور خلاصه می‌توان گفت هر چند بسیاری از کتب فقهی تعریفی از ضمان اعیان بدست نداده‌اند و کاربرد اصطلاح ضمان اعیان در معانی دیگر و به‌ویژه معنای دوم نیز کما بیش وجود دارد، اما با توجه به مجموعه استدلال‌ها و اشکالات مطرح در بحث ضمان اعیان، می‌توان گفت که اصطلاح اصلی و متنازع‌فیه ضمان اعیان معنای سوم است که شامل دو صورت بقاء و تلف عین می‌گردد. با وجود این صرف‌نظر از آن‌که مراد برخی از فقهاء از اصطلاح ضمان اعیان معانی اول یا دوم

آن باشد یا نباشد، به جهت شمول و توسعه‌ای که معنای سوم نسبت بـه دو معنـی دیگـر دارد، بـا بحـث از ضمان اعیان به معنای سوم و بررسی اشکالات وارد بر آن، در واقع تمام معانی ضمان اعیان مـورد بحـث و بررسی قرار گرفته‌اند. ما در ادامه به دلیل اهمیت بحث اشکالات وارد بر ضمان اعیان، نخست اقسام ضمان اعیان را مطرح نموده و سپس اشکالات وارد بر هر قسم و امکان پاسخ و رد این اشـکالات را مـورد بررسـی قرار خواهیم داد.

انواع ضمان اعیان

هر چند از دیرباز فقهاء امامیه ضـمان اعیـان را بـه سـه قسـم ضـمان اعیـان مضـمونه، ضـمان اعیـان غیرمضمونه، و ضمان عهده تقسیم می‌نمودند (محقق حلی، ۲/ ۹۰-۹۱) و حقوق‌دانان نیز بـه تبـع فقـه از همین تقسیم سه‌گانه یاد کرده‌اند (کاتوزیان، حقوق مدنی؛ عقود اذنی وثیقـه‌های دیـن، ۴/ ۳۱۸-۳۱۹) امـا برخی از فقهای معاصر، قسم چهارمی را نیـز بـر ایـن سـه قسـم افزوده‌انـد (روحـانی، ۲۰/ ۱۶۰). اقسـام چهارگانه ضمان اعیان به قرار زیر است:

الف) ضمان اعیان مضمونه

مقصود از ضمان اعیان مضمونه، ضمانت از اموالی است که در تصرف غیر مالک است و ید متصـرف نسبت به آن‌ها ضمانی است مانند غصب و مقبوض به عقد فاسد یا اموال امـانی پـس از تعـدی یـا تفـریط (کاتوزیان، همان، ۳۱۸).

ب) ضمان اعیان غیرمضمونه یا امانی

مقصود از اعیان غیرمضمونه اعیانی است که ید متصرف نسبت به آن امانی بوده و نه متصرف در حـین ضمان، مکلف به رد است و نه در صورت تلف، ضامن مثل یا قیمت آن است. بنابراین ضمانت از مسـتودع یا مستعیر یا عامل مضاربه یا وکیل یا مستأجر یا مرتهن نسبت به رد عین در فرض بقاء و رد بدل در صـورت تلف از مصادیق ضمان از اعیان غیر مضمونه است.

ج) ضمان عهده

قانون مدنی در ماده ۶۹۷ اصطلاح «ضمان عهده» را بدون این‌که تعریفی از آن بدست دهد به‌کار بـرده و صرفاً به جواز آن حکم نموده است. در توضیح ضمان عهده توجه به اصطلاح ضمان درک کـه قانون‌گـذار ایران در ماده ۳۶۲ ق.م بدان اشاره نموده لازم است. چنان‌که می‌دانیم اگر بیع به دلیل مستحق للغیر درآمدن مبیع یا ثمن باطل باشد، بایع یا مشتری فضولی ضامن بوده و باید عین مالی را که دریافت کرده‌انـد و یـا در فرض تلف آن، بدل آن را بازپس دهند (علامه حلـی، ۱۴/ ۳۲۹). حـال چنان‌چـه کسـی از ایـن مسـئولیت

قانونی بایع یا مشتری در فرض درک مبیع یا ثمن، در قبال طرف مقابل ضمانت نماید به آن ضمان عهده گفته می‌شود. روشن است که ضمان عهده هم شامل تکلیف رد عین مبیع یا ثمن در صورت بقاء و هم شامل فرض تلف عین مبیع یا ثمن می‌گردد و از همین روست که ضمان عهده از مصادیق ضمان اعیان به معنای خاص آن می‌باشد.

د) ضمانت از اعیانی که در تصرف مالک است

چنان‌چه پیش‌تر اشاره شد برخی از فقهای محقق معاصر قسم دیگری از ضمان اعیان را مطرح نموده‌اند که در آن ضامن از مالی ضمانت می‌کند که در نزد مالک آن قرار دارد (روحانی، همان). از این قسم تعبیر به ضمان اعیان شخصیه نیز شده است (حلی، بحوث فقهیه، ۳۴). صورت عقلایی و کاربردی این فرض را می‌توان در بیمه اشیاء مشاهده نمود که بیمه‌گر در قبال دریافت عوض، مسئولیت تلف یا نقص احتمالی کالای متعلق به مالک را که در تصرف خود اوست، بر عهده می‌گیرد و ملتزم می‌شود که اگر کالای بیمه شده تلف یا ناقص شد، بدل آن را به مالک بپردازد.

اشکالات وارد بر ضمان اعیان

چنان‌که اشاره شد ضمان اعیان دارای اقسام متفاوتی است و بر همین اساس اشکالاتی که بر ضمان اعیان وارد گردیده نیز متفاوت است. برخی اشکالات عام بوده و برخی دیگر صرفاً در خصوص برخی از اقسام قابل طرح است. در ادامه به این اشکالات و صحت و سقم آن‌ها می‌پردازیم.

الف) وجوب رد عین، مال بر ذمه نیست

این اشکال به مقطع اول ضمان اعیان یعنی تکلیف به رد عین مربوط می‌شود. گفتیم که به‌حسب تعریف، عقد ضمان موجب انتقال مالی که بر ذمه مدیون یا مضمون‌عنه است به ذمه ضامن می‌گردد. بنابراین شرط لازم برای مضمونٌ به یا حق مضمون آن است که از جنس اموال، آن‌هم اموال بر ذمه و کلی باشد تا بتوان از نقل آن به ذمه ضامن سخن گفت. حال می‌دانیم که بر فرض بقاء عین، غاصب خود مکلف به رد عین به مالک است و وجوب رد، که یک حکم تکلیفی است، مال بر ذمه نیست تا بتوان از انتقال آن با ضمانت ضامن سخن گفت. به دیگر سخن وجوب رد از مقوله احکام است و نقل احکام بر خلاف اموال در اختیار مکلفین نیست. عبارت صاحب جواهر در این خصوص شنیدنی است. وی در مقام بیان نخستین اشکال وارد بر ضمانت از اعیان خارجی می‌نویسد: «عقد ضمان در نزد ما امامیه موجب نقل ذمه است و لذا شرط صحت ضمان ثبوت مال بر ذمه است در حالی‌که در مورد اعیان مضمونه سخن بر سر «وجوب رد» است و وجوب (که یک حکم شرعی است) مال بر ذمه نیست تا بتوان از نقل آن به ذمه ضامن سخن

گفت. به بیان روشن‌تر وقتی کسی مثلاً از غاصبی که عین مال دیگری در ید اوست ضمانت می‌کند، اجماع وجود دارد که تکلیف یا همان وجوب رد مال همچنان در مورد غاصب وجود دارد و ضمانت دیگری باعث نمی‌شود که وجوب رد مال، از دوش غاصب برداشته شود». (نجفی، همان، ۱۴۰).

این اشکال که مهم‌ترین اشکال وارد بر ضمان اعیان است با تعابیر دیگری همچون اشتراط ثبوت حق مضمون بر ذمه، عدم امکان ثبوت عین خارجی بر ذمه، عدم امکان نقل مال خارجی به ذمه دیگری و تعابیری از این دست نیز مطرح گردیده است.

ب) اشکال استلزام ضم ذمه به ذمه

این اشکال مبتنی بر اشکال سابق است. به این معنی که لازمه پذیرش ضمان اعیان به معنای ضمان رد عین خارجی، پذیرش دیدگاه ضم ذمه به ذمه است که با قول منتخب فقه امامیه یعنی نقل ذمه به ذمه ناسازگار است. توضیح این‌که نتیجه پذیرش ضمان اعیان جز این نیست که ضامن نیز مکلف به رد مال به مالک می‌گردد اما از آنجاکه این تکلیف منافات با تکلیف خود غاصب به رد مال نداشته و به حسب اجماع فقهاء غاصب در هر حال مکلف به رد مال مغصوبه به مالک است، لازمه صحت ضمان رد، ضمیمه شدن ذمه ضامن به ذمه غاصب است در حالی‌که در فقه امامیه ضمان موجب نقل ذمه است و به محض تحقق ضمان، ذمه مضمون‌عنه بری می‌گردد. جالب است که مرحوم علامه در «تذکره» در عین پذیرش همراه با تردید ضمان اعیان مضمونه، تصریح می‌کند که در این‌صورت، ضامن و غاصب هر دو مکلف به رد بوده و مضمون‌له در مراجعه به هریک از آن‌ها مخیر است (علامه حلی، همان، ۳۳۶) البته این امر اعتراض صاحب جواهر را برانگیخته و گفته این حکم با حکم به ناقل ذمه بودن ضمان که خود علامه بدان اذعان دارد غیر قابل جمع و متناقض است (همان).

ج) اشکال فقدان مضمون عنه

این اشکال به ضمان اعیان غیر مضمونه اختصاص دارد. ماحصل این اشکال این است که در ضمان اعیان مضمونه حداقل تکلیف غاصب به رد مال وجود داشت ولی در ایادی امانی نه تنها دین و ضمان به معنای اشتغال ذمه به بدل وجود ندارد، بلکه تکلیف به رد نیز موجود نیست. بنابراین ضمان از اعیان امانی ضمانت از غیر مدیون و غیر مکلف است در حالی‌که یکی از ارکان ضمان، وجود مدیون و مضمون عنه است که در این‌گونه موارد منتفی است (حسین حلی، ۳۲).

د) اشکال ضمان ما لم یجب

این اشکال به تمامی اقسام ضمان اعیان مربوط می‌شود. در مورد ضمان اعیان غیر مضمونه مادام که امانت باقی است و رد مال مطالبه نشده، تکلیف به رد وجود ندارد؛ از این رو اگر کسی رد عین امانی را

ضمانت کند در واقع انجام کاری را ضمانت کرده که بر خود مضمون‌عنه نیز واجب نیست و به تعبیر برخی فقهاء (علامه حلی، همان، ۳۲۰) اعیان غیرمضمونه، «مضمونه الـود» نیستند و به تعبیر برخی دیگر (نجفی، همان، ۱۴۱) اعیان امانی «مضمونة الاصل» نیستند یعنی در وقت ضمان نه رد خود عین و نه رد عوض آن در فرض تلف، مضمونه نیست. اما در باب ضمان مثل یا قیمت عین خارجی در فرض تلف، اشکال ضمان ما لم یجب هم در خصوص اعیان مضمونه مطرح شده و هم در مورد اعیان غیر مضمونه زیرا به‌حسب فرض در وقت ضمان، ذمه مضمون عنه به بدل عین مشغول نیست و مادام که چیزی بر ذمه ثابت نیست انتقال آن به ذمه ضامن، معنا ندارد. البته باید توجه داشت که این اشکال در مورد اعیان غیر مضمونه از قوت و شدت بیشتری برخوردار است؛ چه این‌که در ایادی امانی نه‌تنها فعلاً ذمه امین به چیزی مشغول نیست بلکه حتی با فرض تلف نیز ذمه او به بدل مشغول نمی‌گردد. از همین رو علامه در «تذکره» با همین استدلال بر نادرستی ضمان تلف اعیان غیرمضمونه ادعای اجماع کرده است (علامه حلی، همان، ۳۲۰)، اما در ورود این اشکال به اعیان مضمونه اختلاف شدید وجود دارد و بسیاری از فقها ضمانت از عین مضمونه را مصداق ضمان مالم یجب ندانسته (خرازی، ۴۱) و معتقدند همین‌که ید متصرف را ضمانی می‌شماریم برای رفع اشکال ضمان مالم یجب کافی است. به بیان دیگر همینکه غاصب مال غیر را غصب می‌کند ید او از باب ضمان ید، ضمانی می‌گردد هر چند هنوز عین تلف نشده است و با عقد ضمان، همین وضعیت به ضامن منتقل می‌گردد.

ه) اشکال عدم شمول ادله ضمان بر ضمان اعیان

اشکال دیگری که مخالفان ضمان اعیان مطرح کرده‌اند این است که ادله و روایاتی که در آن از عقد ضمان صحبت شده همگی ناظر به ضمان ناقل ذمه است و در بین این ادله، دلیل مطلق یا عامی که بتوان از آن‌ها مشروعیت و صحت ضمان اعیان را استفاده نمود وجود ندارد (روحانی، همان، ۱۶۱).

ماهیت ضمان اعیان و پاسخ به اشکالات وارده

بر اساس اشکالات یاد شده فقها در قبال اقسام ضمان اعیان، مواضع مختلفی اتخاذ کرده‌اند. اشکالات مذکور باعث گردیده که تقریباً تمامی فقیهان ضمان اعیان غیر مضمونه را نادرست بشمارند و بر آن ادعای اجماع کنند (علامه حلی، همان، ۳۲۰) در خصوص اعیان مضمونه، صحت ضمان محل اختلاف شدید است و برخی از فقها به صحت و برخی دیگر به بطلان آن قائل‌اند اما این اختلاف در خصوص ضمان عهده که خود قسمی از ضمان اعیان مضمونه است، وجود ندارد و چنان‌که پیش‌تر اشاره شد قول به صحت ضمان عهده، مورد اتفاق و اجماع فقهاست (بحرانی، ۲۱/ ۳۸). این تفکیک این پرسش را در ذهن ایجاد

می‌کند که چگونه می‌توان از یکسو ضمان اعیان را نادرست شمرد و در عین حال فتوا به صحت ضمان عهده داد؟ مراجعه به کلمات فقیهان نشان می‌دهد که خود آنان به این تعارض توجه داشته‌اند و بر همین اساس برای تخلص از این تعارض، برای توجیه حکم به صحت ضمان عهده به نیاز جامعه به وجود چنین نهادی در عرصه معاملات تمسک جسته‌اند[۱](کرکی، جامع المقاصد، ۵/ ۳۲۵). با وجود آن‌چه گفته شد و بر خلاف این شهرت فقهی، گرایش به صحیح شمردن ضمان اعیان به نحو مطلق در بین فقهای معاصر به چشم می‌خورد. سرشناس‌ترین فقیه مخالف مشهور که ضمان اعیان را به نحو مطلق تجویز نموده و برخی فقهای پس از وی نیز در این موضوع از وی تبعیت کرده‌اند محمد کاظم طباطبائی یزدی صاحب کتاب «العروه الوثقی» است. این دسته از فقهاء تمامی اشکالات پیش گفته را ناتمام دانسته و با پاسخ تک تک آن‌ها، درستی ضمان اعیان را نتیجه گرفته‌اند.

الف) تفکیک بین ضمان اعیان و ضمان ناقل ذمه و ضمان ضم ذمه به ذمه

یکی از نکات کلیدی که در کلام باورمندان به درستی ضمان اعیان به چشم می‌خورد و براساس آن به تعدادی از این اشکالات پاسخ داده شده است این است که این دسته از فقهاء بجای تلاش بر تطبیق قواعد ضمان دیون یا همان ضمان ناقل ذمه بر ضمان اعیان، بر این نکته پای فشرده‌اند که ضمان اعیان با ضمان ناقل ذمه متفاوت بوده و خود عقد مستقلی به حساب می‌آید و نباید به صرف عدم اجتماع شرایط صحت ضمان ناقل ذمه، حکم به عدم صحت این قسم از ضمان داد. از همین رو در کلمات این فقیهان از ضمان ناقل ذمه با عنوان «ضمان مصطلح» یاد شده تا آن را از ضمان اعیان به عنوان یک عقد جداگانه متمایز سازند (طباطبائی یزدی، العروه الوثقی «المحشی»، ۵/ ۴۳۶) به گفته این فقهاء، به عهده گرفتن عینی که در نزد دیگری است در قبال مالک، خود یک عقد متعارف و مستقل است و با عقدی که کسی دین دیگری را به ذمه می‌گیرد یا همان ضمان مصطلح متفاوت است و بنابراین هر چند اطلاقات ادله ضمان مصطلح، ضمان اعیان را در بر نمی‌گیرد اما شمول عمومات صحت عقود هم‌چون اوفوا بالعقود و امثال آن، برای تصحیح این عقد کفایت می‌کند (روحانی، ۲۰/ ۱۶۲). با این تمهید این اشکال که شرط صحت عقد ضمان این است که مضمونٌ به مال ثابت بر ذمه باشد، خود بخود منتفی می‌شود؛ زیرا این شرط مربوط به ضمان مصطلح است نه عقد ضمان مورد بحث.

علیرغم اینکه در ضمان اعیان، پس از تحقق ضمان و مسئولیت ضامن به رد عین، مسئولیت مضمون عنه همچنان پابرجاست اما این نوع از ضمان با ضمان موجب ضم ذمه به ذمه که در فقه عامه مطرح است تفاوت بنیادی دارد. موضوع ضمان ضم ذمه به ذمه همچون ضمان نقل ذمه، دین ثابت بر ذمه است با این

۱. «و قد جوز الأصحاب ضمان العهده علی تقدیر الاستحقاق، **لمسیس** الحاجة، فلا یتعدی»

تفاوت که در رویکرد فقه امامیه، پس از ضمان، ذمه مضمون عنه برئ می‌شود ولی در رویکرد فقه عامه، مسئولیت ضامن به مسئولیت مضمون عنه ضمیمه می‌شود و این در حالی است که موضوع ضمان اعیان، عین خارجی است نه دین ثابت بر ذمه.

ب) **تمایز ذمه و عهده و امکان استقرار عین خارجی بر «عهده»**

مبنای دیگری که در استدلال موافقین ضمان اعیان جنبه محوری دارد تمرکز بر مفهومی به نام «عهده» در قبال «ذمه» است. عهده مانند ذمه ظرفی اعتباری است با این تفاوت که ذمه ظرف اموال کلی یا همان دیون و عهده ظرف اعیان و اموال خارجی است. به تعبیر یکی از فقیهان معاصر: «الذمه مع العهده متشابهان نسبیا فی الاصطلاح الفقهی و القانونی. لأنهما معا یتضمنان معنی المسؤولیه، إلا أن الذمه هی ظرف المال الکلی و العهده هی، ظرف المال أو العین الخارجی.» (صدر، ما وراء الفقه، ۴/ ۳۲۲).

چنان‌که اشاره شد یکی از اشکالات اساسی وارد بر ضمان اعیان، اشکال ضمان مالم یجب بود، به این معنی که در ضمانت از عین موجود در خارج، در وقت ضمان، مالی بر ذمه نیست تا منتقل شود و مال بر ذمه پس از تلف عین بر ذمه مستقر می‌شود. این اشکال خود بر این پیش‌فرض استوار است که ذمه ظرف اموال کلی و دیون است (بحرالعلوم، همان، ۱۸۷) و در مورد اعیان خارجی نمی‌توان از ثبوت بر ذمه سخن گفت. در ضمان اعیان در وقت ضمان، آن‌چه موجود است عین خارجی است که قابل تعلق به ذمه نیست و آن‌چه قابل ثبوت بر ذمه است یعنی دین ناشی از تلف عین نیز فعلاً موجود نبوده و منوط به تلف عین در آینده است.

باورمندان به درستی ضمان اعیان و دست کم ضمان اعیان مضمونه، برای حل این معضل، بجای تاکید بر نهاد «ذمه» به‌عنوان ظرف اعتباری اموال کلی، بر مفهومی به نام «عهده»-که البته نباید آن را با اصطلاح عهده در «ضمان عهده» اشتباه نمود- انگشت نهاده‌اند و با این تمهید کوشیده‌اند برای اعیان خارجی نیز ظرفی اعتباری دست و پا کنند تا با مشکل ضمان مالم یجب روبرو نشوند. این دسته از فقهاء در عین پذیرش ظرفی اعتباری به عنوان ذمه که ظرف دیون و اموال کلی است، بر این باورند که از ادله می‌توان وجود ظرف اعتباری دیگری به عنوان «عهده» را استفاده نمود که امکان ثبوت عین خارجی در خصوص آن امکان پذیر است و نتیجه ثبوت عین بر عهده، اولاً وجوب رد عین است مادام که موجود است و ثانیاً التزام به جبران بدل آن است در فرض تلف عین. مهم‌ترین دلیلی که این فقهاء را به شناسایی چنین مفهومی سوق داده است مفاد دلیل «علی الید» است. زیرا مطابق این حدیث شریف، آن‌چه بر ذمه متصرف غیر مأذون است «ما اخذت» است یعنی همان چیزی که از سوی غاصب اخذ شده نه آن‌چه در دست وی یا توسط وی تلف شده است. به بیان دیگر بر اساس ظاهر حدیث، موضوع ضمان یا آن‌چه بر عهده غاصب است،

نفس عین مأخوذ یا همان عین خارجی است (طباطبائی یزدی، همان، ۹۹). بنـابراین مبـدأ تحقـق موجـود اعتباری که بر عهده مستقر می‌شود زمان وقوع غصب است نه زمان تلف عین. به گفته یکی از فقهای معتقد به این دیدگاه، ظاهر سخن پیامبر گرامی (ص) که می‌فرمایند: «علی الید ما أخذت حتی تؤدیه» آن است که ذات آن چیزی که مورد غصب قرار گرفته است بر عهده غاصب مسـتقر می‌گـردد و شـکی نیسـت کـه ایـن معنی، یعنی «استقرار مغصوب بر عهده غاصب»، یک حکم وضعی و ثابت در عالم اعتبار است، هر چنـد خود مال مغصوب، عینی خارجی و موجود در خارج است (بجنوردی، همان، ۷۵). ثبوت عین خارجی بر عهده یک حکم وضعی است که بر آن آثاری مترتب است که از جمله آن رد عین در صورت وجود و رد بدل در فرض تلف است[1].

استناد به دلیل «علی الید» برای اثبات وجود نهادی به نام عهده که در آن شارع، عین خارجی و مـأخوذ را بر عهده متصرف قرار می‌دهد راه را برای اعتبار عین خارجی بر عهده از طریق انشاء و اراده انشائی همـوار می‌سازد. همان‌گونه که ضمان عین خارجی به معنای ثبوت عین بر عهده، به حکم شارع امکان پذیر است، ضمان انشائی به معنای بر عهده گرفتن ارادی عین خارجی یا التزام و تعهدبه اداء عین نیز امکان پذیر اسـت و اشتغال ذمه به مثل یا قیمت عین در فرض تلف نیز از آثـار مترتـب بـر ایـن تعهـد اسـت (صـدر، البنـک اللاربوی، ۲۴۱). جالب است بدانیم در حالی‌که پذیرش مفهوم نوینی از ضمان که در آن نه دین، بلکه مال خارجی بر عهده مستقر می‌شود، سابقه چندانی در فقه ندارد اما استفاده از این مفهوم برای تحلیـل ماهیـت عقد کفالت سابقه‌ای دیرینه دارد؛ زیرا به‌حسب تعریف در عقد کفالت، آن‌چه بر عهده کفیل ثابت می‌شود، شخص مکفول عنه است که شخص خارجی است و جنبه کلی ندارد.

به هر روی با این تحلیل و پذیرش نهادی به نام «عهده» اغلب اشکالات وارد بـر ضـمان اعیـان پاسـخ داده می‌شود. اولاً با امکان ثبوت نفس عین خارجی بر عهده، دیگر جایی برای اشکال ضـمان مـالم یجـب باقی نمی‌ماند؛ چه این‌که بر اساس این تحلیل در همان لحظه وقوع ضمان، عین بر عهده مسـتقر می‌شـود؛ ثانیاً با این تحلیل معلوم می‌گردد، وجوب رد عین که یک حکم تکلیفی است از آثارضمان اعیان بـه معنـای بر عهده گرفتن عین است نه این‌که مفاد خود ضمان اعیان، انتقال نفس حکم تکلیفـی وجـوب رد باشـد تـا اشکال شود که احکام تکلیفی نه قابل انتقال‌اند و نه می‌توانند موضوع عقدی از عقود قرار گیرند. ثالثاً با این تحلیل اشکال ضم ذمه به ذمه نیز منتفی می‌شود چون بر بنیاد این تحلیل، دینی بر ذمه ضامن قرار نمی‌گیـرد تا ضم ذمه به ذمه لازم آید بلکه عین خارجی بر عهده ضامن مستقر می‌شود و در نتیجه سخن از اشتغال دو

---

۱ . «الذمة؛ فإن اشتغالها انما هو بأمر کلی، و أما العهدة فهی متعلقة بالموجود فی الخارج مع وصف وجوده فی الخارج، فالعین المأخوذة فـی الحدیث قد تعلقت العهدة بها، ... و یترتب علی هذا الضمان الذی هو حکم وضعی اعتباری حکمان تکلیفیان: أحدهما وجـوب رد العـین مـا دامت باقیة، ثانیهما وجوب رد بدلها مثلا أو قیمة بعد تلفها و انعدامها» (القواعد الفقهیة (للفاضل)، ۹۹۹)

ذمه به دین واحد مطرح نیست. البته به گفته برخی از فقهای بزرگ اگر قصد طرفین ضم ذمه به ذمه نیز باشد، هر چند آنچه واقع می‌شود ضمان مصطلح یا ناقل ذمه نیست اما فی نفسه خود یک عقد صحیح بوده و عمومات صحت عقود آن را در بر می‌گیرد (طباطبائی یزدی، العروه الوثقی، ۱/ ۱۸۴). اشکال فقدان مضمون‌عنه که در خصوص اعیان امانی مطرح شده بود نیز با این تحلیل مرتفع می‌شود، زیرا مراد از ضمان در اینجا، به ذمه گرفتن دین دیگری نیست تا گفته شود در ایادی امانی مدیون یا مضمون عنه وجود ندارد و حال آنکه یکی از ارکان تحقق ضمان وجود مضمون‌عنه یا مدیون است؛ بلکه مراد از ضمان در این موارد، بر عهده گرفتن عین موجود در خارج است که اثر آن وجوب رد عین در فرض استحقاق یا مطالبه مالک و جبران مثل یا قیمت در فرض تلف آن است.

به هر تقدیر با این تحلیل نه‌تنها راه برای تصحیح ضمان اعیان مضمونه و حتی غیر مضمونه باز می‌شود، بلکه ضمان عهده نیز از حالت استثنائی و خلاف قاعده خارج شده و یکی از مصادیق عقد ضمان البته نه به معنای ضمان مصطلح بلکه به معنای تعهد به عین می‌گردد. از دیگر نتایج این تحلیل تصحیح بیمه اشیاء بر مبنای ضمان اعیان است؛ زیرا با تحلیل ضمان اعیان به بر عهده گرفتن یک عین خارجی و نه بر ذمه گرفتن دین دیگری که بر اساس آن شرط لزوم دین ثابت بر ذمه مضمون عنه منتفی می‌گردد تفاوت نمی‌کند که عینی که ضامن مسئولیت آن را بر عهده می‌گیرد، در نزد مالک باشد یا در نزد غیر مالک.

از آن‌چه در مقام تحلیل ماهیت ضمان اعیان و ارجاع آن به معنای تعهد یا بر عهده گرفتن عین خارجی گفته شد به‌خوبی معلوم می‌شود که نهاد ضمان اعیان را نمی‌توان با التزام به تأدیه مقایسه نمود؛ چه این‌که در التزام به تأدیه سخن بر سر ادای دین موجود است البته بدون اینکه این دین به ذمه ملتزم منتقل گردد (کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۴۵۹)، اما در ضمان اعیان به حسب فرض در وقت ضمان، دینی وجود ندارد و سخن بر سر بر عهده گرفتن عین موجود در خارج است.

در پایان این بخش از سخن، عبارات زیر از آیت الله خوئی که عیناً از سوی اغلب شاگردان ایشان هم‌چون آیت الله تبریزی و آقایان سید محمد صادق روحانی و وحید خراسانی و فیاض تکرار شده و نمونه‌ای از گرایش بسیاری از فقهای معاصر به تصحیح ضمان اعیان است را می‌توان به عنوان فشرده آن‌چه تاکنون گفته شد مورد توجه قرار داد:

«یصح ضمان الاعیان الخارجیه، بمعنی کون العین فی عهده الضامن فعلاً، و أثر ذلک وجوب ردها مع بقاء العین المضمونه ورد بدلها من المثل أو القیمة عند تلفها. ... و الضابط أن الضمان فی الاعیان الخارجیه بمعنی «التعهد» لا بمعنی «الثبوت فی الذمه»، فهو قسم آخر من الضمان» (خویی، ۲/ ۱۸۵).

چنان‌که از متن بالا بر می‌آید اولاً عین خارجی فوراً و منجزاً بر عهده قرار می‌گیرد و استقرار بر عهده

منوط به تلف نیست؛ ثانیاً وجوب رد عین یا بدل آن، از آثار ضمان عین و وقوع عین بر عهده است نـه مفـاد مطابقی ضمان از عین و بالاخره ضمان در این‌گونه موارد به معنی بر عهده گرفتن یک عین است نه به معنای ثبوت دین دیگری بر ذمه و از همین رو این نوع از ضمان، با ضمان مصطلح یـا ضــمان نقـل ذمـه متفـاوت است.

اثر ضمان اعیان

پس از تعریف ضمان اعیان و اشـکالات وارد بـر آن و اثبـات تفـاوت ایـن قسـم از ضــمان، از ضــمان مصطلح و ابتنای آن بر مفهوم عهده، اکنون نوبت بـه واکـاوی اثـر ضــمان مـذکور رسـیده اسـت. چنان‌کـه می‌دانیم اثر ضمان مصطلح، نقل دین از ذمه مدیون به ذمه ضامن است و بر همـین اسـاس پـس از تحقـق ضمان ذمه مضمون عنه بریء و ذمه ضامن مشغول می‌گردد. نتیجه روشن این انتقال این است کـه طلبکـار صرفاً حق مراجعه به یک نفر یعنی ضامن را دارد و دیگر نمی‌تواند از مضمون‌عنه مطالبه‌ای داشته باشد. نکته دیگری که در ضمان مصطلح وجود دارد این است که مسئولیت ضامن به اداء دین یا همـان عـین کلـی کـه پیش از عقد بر ذمه مضمون عنه ثابت بود و با عقد بر ذمه خود او مستقر گردید، محدود می‌شود و سخن از الزام به رد عین خارجی، نه در مورد ضامن و نه در مورد مضمون‌عنه مطرح نیست.

اکنون با توجه به تفاوت ضمان اعیان از ضمان مصطلح، باید دید این آثار در مورد ضمان اعیان چگونه است. در ادامه به مهم‌ترین آثار ضمان اعیان می‌پردازیم:

الف) تکلیف ضامن به رد عین- نخستین اثر ضمان اعیان که آن را از ضمان دیون متمـایز می‌سـازد، تکلیف ضامن به رد عین است. این تکلیف نتیجه قرار گرفتن عین بر عهده یا تعهد ضامن نسبت عین است.

ب) امکان رجوع همزمان به ضامن و مضمون‌عنه برای دریافت عین- چنانکه گفته شد بـا تحقـق ضمان و قرار گرفتن عین بر عهده ضامن، تکلیف رد مال از دوش مضمون عنه برداشته نشده و همچنان ایـن تکلیف متوجه مضمون‌عنه نیز هست. البتـه ایـن امـر در خصـوص اعیـان مضــمونه مطـرح اسـت کـه یـد مضمون‌عنه بر مال ضمانی بوده و مکلف به رد آن به مالک می‌باشد. نتیجه مهمی کـه بـر ایـن تفـاوت بـین ضمان اعیان مضمونه و ضمان ناقل ذمه مترتب است، امکان رجوع به ضامن و مضــمون‌عنه بـرای دریافـت عین است. به بیان دیگر در ضمان اعیان، تکلیف ضامن به رد عین که از آثار ضمان از عـین اسـت در کنـار وجوب رد عین از سوی خود مضمون عنه و به عنوان مثال غاصب، قرار می‌گیرد. یعنی هـر دو نفـر همزمـان مکلف به رد عین‌اند منتهی با این تفاوت که تکلیف ضامن ریشه در قرارداد داشته و ناشی از بر عهده گـرفتن عین است و تکلیف مضمون عنه ریشه در حکم قانون‌گذار به رد مال غیر دارد. به تعبیر صریح مرحوم علامه

حلی در تذکره: «و فی ضمان الاعیان المضمونة و العهدة إشكال أقربه عندی جواز مطالبة كلٍّ من الضامن و المضمون عنه بالعين المغصوبة أما الضامن: فللضمان و أما المضمون عنه: فلوجود العين في يده أو تلفها فيه» (علامه حلی، همان، ٣٣٦). این ویژگی باعث گردیده که برخی از فقهاء، ضمان اعیان را با ضمان ضم ذمه به ذمه مورد قبول اهل سنت نزدیک بدانند، در حالی‌که چنان‌که گفته شد در این‌جا سخن از دین نیست تا مسأله ضم ذمه به ذمه و ثبوت یک دین بر دو ذمه مطرح گردد بلکه سخن بـر سـر اجتمـاع دو تکلیـف در خصوص عین واحد است. به هر تقدیر فقیهان بزرگی هم‌چون محقق حلی و علامه حلی که فتوا به درستی ضمان اعیان داده‌اند تصریح نموده‌اند که مضمون‌له برای دریافت عین، حق مراجعه به ضامن و مضمون عنه را دارد. عبارت مرحوم محقق در شرایع این است: «و فی ضمان الاعیان المضمونه مع مـن فـی یـده تـردد و الاشبه الجواز» (محقق حلی، ٢/ ٩٠).

ج) لزوم اداء بدل عین در فرض تلف- از دیگر آثار ضمان اعیان یا قرار گرفتن عین بـر عهـده، لـزوم تدارک بدل عین در صورت تلف آن است. گفتیم که برخی از فقهاء با توجه به این‌که در حین ضـمان هنـوز مال تلف نشده و دین ثابت نیست مورد را مشمول ضمان مالم یجب دانسته و بر آن ایراد گرفته‌انـد. بـه ایـن اشکال پاسخ‌های متعددی داده شده است. برخی از اساس در بطـلان ضـمان مـالم یجـب تردیـد کرده‌انـد (طباطبائی یزدی، حاشیه المکاسب، ١/ ١٨۴)، برخی دیگر وجود مقتضی یا سبب را که همان یـد ضـمانی است برای صحت ضمان و خروج از ضمان ما لم یجب کافی دانسته‌اند (روحانی، همـان، ١٦٠) کـه ایـن پاسخ تنها در مورد اعیان مضمونه کاربرد دارد و بالاخره بسیاری از فقهای معاصر با استفاده از نهاد عهده به این اشکال پاسخ داده و گفته‌اند در ضمان اعیان، عین از لحظـه عقـد بـر عهـده ضـامن مسـتقر می‌شـود و تکلیف به تدارک بدل آن در صورت تلف، از آثار این التزام و برعهده گرفتن عین است. به بیـان دیگـر وقتـی شخصی عینی را بر عهده می‌گیرد، خروج از عهده مراتبی دارد که مرتبه نخست آن رد خود عین و مرتبه بعـد رد مثل آن و مرحله نهایی تدارک قیمت آن است و البته در تمامی این مراحل آنچه بـر عهـده مسـتقر اسـت نفس عین مورد ضمان است و مثل یا قیمت ابزارهایی برای خروج عین از عهده است یعنی مـادم کـه خـود عین یا مثل یا قیمت آن داده نشده همچنان عین بر عهده ضامن قرار دارد.

د) **امانی شدن ید مضمون عنه-** برخی از فقهای موافق صحت ضمان اعیان این احتمال را نیز داده‌اند که با قبول مضمون‌له و تحقق ضمان، دیگر ید مضمون عنه ضمانی نبوده و تنها در فرض تأخیر در رد، ید او مجدداً ضمانی می‌شود (حلی، بحوث فقهیه، ٣٠). به عنوان مثال اگر کسی مالی را غصب کند و دیگری در مقابل مالک از غاصب ضمانت کرده و عین را بر عهده بگیـرد و مالـک ایـن ضـمانت را بپـذیرد، دیگـر یـد غاصب ضمانی نبوده و مال در نزد او امانت شرعی است و یا خود وی یا ضامن باید آن را فوراً به مضمون له

(مالک) بازگردانند و چنانچه در رد تأخیر نماید ضمان جدیدی بر وی بار می‌شود (روحانی، همان، ۱۶۲).

وضعیت ضمان اعیان در حقوق مدنی ایران

هر چند قانون مدنی ایران در ماده ۶۸۴ همانند مشهور فقهاء ضمان را بر مبنای نقل مال بر ذمه یا دین استوار نموده و وجود مال بر ذمه را در ماهیت و تعریف این عقد اخذ نموده است اما این امر برای منتفی دانستن ضمان اعیان از منظر قانون مدنی کفایت نمی‌کند؛ زیرا قانون مدنی در ماده ۶۹۷ همچون قول نزدیک به اجماع فقهاء صراحتاً از درستی یکی از اقسام عمده ضمان اعیان یعنی ضمان عهده سخن گفته است. چنان‌که گفته شد و از اطلاق ماده ۶۹۷ نیز قابل برداشت است، ضمان عهده شامل فروض مختلفی می‌گردد که یکی از آن‌ها فرض بقاء عین مورد ضمان است که در این صورت ضامن عهده ملزم به رد عین به مضمون‌عنه است و این امر نشان می‌دهد که ضمان در قانون مدنی ما منحصر به قبول دین دیگری نبوده و در خصوص اعیان خارجی نیز قابل تصویر است. با وجود این برای استفاده صحت تمام اقسام ضمان اعیان از ماده ۶۹۷ دو اشکال به نظر می‌رسد: نخست اینکه از درستی ضمان عهده حداکثر می‌توان درستی ضمان اعیان مضمونه را برداشت نمود و صحت ضمان اعیان غیر مضمونه یا امانی و نیز اعیانی که نزد مالکان آن‌ها است از این ماده قابل برداشت نیست؛ چه این‌که در عقد فضولی و فاسد که مجرای ضمان عهده است، هر چند در حین تحقق ضمان عهده فساد عقد برای طرفین معلوم نیست اما به هر حال دریافت مال در اثر عقد فاسد، مصداق مقبوض به بیع فاسد بوده و ید گیرنده نسبت به مال مأخوذ ضمانی است هر چند خود مطلع نباشد. دومین اشکال این است که ممکن است قانون مدنی همچون بسیاری از فقهاء صحت ضمان عهده را امری استثنائی و خلاف قاعده دانسته باشد که در این‌صورت نمی‌توان از آن برای درستی ضمان اعیان به نحو مطلق استفاده نمود.

به نظر می‌رسد این دو اشکال هر دو قابل رفع است. چنان‌که توضیح داده شد اغلب فقهای معاصر پذیرفته‌اند ضمان اعیان عقدی مستقل از ضمان ناقل ذمه یا همان ضمان مصطلح است و منشأ و محتوای این دو عقد متفاوت است. آن‌چه در عقد ضمان اعیان انشاء می‌شود، اعتبار نمودن عین خارجی بر عهده ضامن به نحو منجز و فعلی است در حالی‌که عقد ضمان مصطلح عبارت است از انشاء انتقال دین از ذمه مدیون به ذمه ضامن. نتیجه استقلال ضمان اعیان از ضمان مصطلح این است که برای تصحیح ضمان اعیان می‌توان از عمومات قانون مدنی همچون ماده ۱۰ و ماده ۱۸۳ که مطلق عقد را تعریف نموده است، استفاده نمود. بدین ترتیب برای صحت ضمان اعیان از منظر قانون مدنی تنها وجود شرائط عمومی همچون قصد و رضا و اهلیت و امثال آن‌ها کافی است و روشن است که با وجود ماده ۱۰ قانون مدنی، حکم به

صحت یک عقد متعارف هر چند در قالب هیچ‌یک از عقود معین نگنجد چندان دشوار نیست؛ اگر چه در فقه راه پذیرش عقود غیر معین چندان هموار نبوده و محل اختلاف است. به هر تقدیر همداستان با اغلب فقهای معاصر و به کمک عمومات قانون مدنی می‌توان حکم به درستی ضمان اعیان به نحو مطلق داد و از آنجا که ضمان اعیان بر وجود دین یا تکلیف رد استوار نیست، در این خصوص فرقی بین اقسام ضمان اعیان اعم از اعیان مضمونه یا اعیان امانی و غیر مضمونه و حتی اعیانی که در تصرف مالکین آن‌ها است وجود ندارد.

اساتید حقوق مدنی ایران نیز بر درستی ضمان اعیان به نحو مطلق یا دست کم ضمان اعیان مضمونه حکم نموده‌اند (جعفری لنگرودی، ۲۳۶). در تحلیل این اساتید، از نهاد عهده که فقهاء برای تصحیح ضمان اعیان از آن بهره جسته‌اند اثری به چشم نمی‌خورد در عوض نهاد «تضمین فعل ثالث» یا «تعهد به فعل ثالث»، نهادی است که از سوی برخی از شارحان قانون مدنی برای توجیه درستی ضمان اعیان مورد استفاده قرار گرفته است (کاتوزیان، همان، ۲۸۹). از نظر اینان در ضمان اعیان بر خلاف ضمان دیون، موضوع تعهد ضامن با موضوع تعهد مضمون‌عنه متفاوت است: موضوع تعهد ضامن در ضمان اعیان «راضی کردن مضمون عنه به رد مال» یا «دادن خسارت در فرض تلف» است در حالی‌که موضوع تعهد مضمون عنه «رد مال» است. (همان، ۲۶۹). هر چند این دیدگاه از آن جهت که ضمان اعیان را از حوزه ضمان مصطلح خارج دانسته و برای آن ماهیتی مستقل قائل شده و از همین رو برای اعتبار آن استناد به ماده ۱۰ و رعایت شرایط اساسی را کافی دانسته است، با دیدگاه فقهای موافق با صحت ضمان اعیان به عنوان ضمان غیر مصطلح همداستان است اما نکته قابل تأمل در این تحلیل این است که ضامن متعهد به رد مال شناخته نشده و صرفاً متهد به راضی کردن مثلاً غاصب به رد مال دانسته شده در حالی‌که نگاهی به پیشینه فقهی موضوع حکایت از این دارد که نقض و ابرام فقیهان بر سر تکلیف ضامن به رد عین بوده، نه راضی کردن مضمون‌عنه به رد عین؛ هر چند راضی کردن غاصب به رد عین نیزمی‌تواند از سوی ضامن به‌عنوان یکی از ابزارهای انجام تکلیف به رد عین مورد استفاده قرار گیرد. در هر صورت در این‌که از منظر فقهاء اثر اولیه ضمان اعیان، وجوب رد عین از سوی ضامن است، تردیدی نیست و از همین‌رو مخالفان به اشکالاتی همچون عدم امکان انتقال حکم تکلیفی وجوب رد عین یا اشکال ضم ذمه به ذمه در فرض پذیرش انتقال متوسل شده‌اند و بر عکس موافقان تصریح نموده‌اند که با تحقق ضمان، هر چند ضامن از باب قرارداد مکلف به رد مال می‌گردد اما این امر منافاتی با استمرار حکم وجوب رد در مورد خود مضمون‌عنه که ناشی از حکم قانونگذار در خصوص استیلاء بر مال غیر است، ندارد و از سوی دیگر چون سخن از «تکلیف» ضامن و مضمون عنه به رد مال است نه ثبوت دین بر ذمه آن دو، جایی برای استناد به اشکال ضم ذمه به ذمه

نیز وجود ندارد.

نتیجه‌گیری

هر چند بر مبنای فقه امامیه، عقد ضمان ناقل ذمه است و بر این اساس مضمون‌به در عقد ضمان همواره باید مال بر ذمه یا دین باشد تا بتوان از نقل آن به ذمه دیگری سخن گفت اما همان‌گونه که بسیاری از فقهای معاصر تصریح نموده‌اند، این امر منافاتی با وجود نوع دیگری از ضمان که موضوع آن عین موجود در خارج است، ندارد. از نظر این فقها، عقد ضمان ناقل ذمه یا ضمان دین که از آن به ضمان مصطلح نیز تعبیر شده است، بر مفهوم ذمه که ظرفی اعتباری برای ثبوت و استقرار اموال کلی و دیون است استوار شده اما ضمان اعیان یا ضمان غیر مصطلح مبتنی بر وجود مفهومی به نام عهده است که ظرفی است اعتباری برای اعیان جزئی و خارجی. وجود چنین مفهومی را از حدیث «علی الید» می‌توان استنباط نمود؛ چه این‌که بر مبنای ظاهر این حدیث، خود عینِ مأخوذ بر عهده غاصب ثابت است تا آن‌که آن را بازگرداند و البته رد مثل یا قیمت عین در فرض تلف، راه‌های خروج از عهده عین است. اکنون که اعتبار عین خارجی بر عهده در عین خارجیت آن به حکم شارع و به عنوان ضمان قهری یا همان ضمان ید امکان پذیر است و رد عین یا رد بدل آن از آثار مترتب بر اعتبار عین بر عهده است، مانعی وجود ندارد که شخص با اراده انشائی خود چنین ضمانی را انشاء کرده و عینی را به عهده گرفته یا بر عهده خود اعتبار نماید که از آن تعبیر به ضمان اعیان خارجی می‌نماییم. بنابراین ضمان اعیان عبارت است از تعهد و التزام شخص نسبت به عین خارجی متعلق به دیگری. اثر این ضمان در درجه اول تکلیف به رد عین در فرض بقاء عین و التزام به جبران مثل یا قیمت عین در فرض تلف آن است. از آنجا که در این تحلیل سخن از اعتبار نمودن عین بر عهده ضامن است، جایی برای شبهه ضمان مالم یجب وجود ندارد؛ چه اینکه ضمان منجز و بالفعل است و عین بالفعل بر عهده مستقر می‌گردد و دادن بدل در فرض تلف از طرق تخلص و خروج از عهده عین است نه این‌که با تلف، عین یا دین ناشی از تلف آن بر ذمه مستقر گردد. از دیگر نتایج این تحلیل عدم تفاوت بین اقسام ضمان اعیان اعم از ضمان عهده یا ضمان اعیان مضمونه یا اعیان امانی یا اعیان موجود در تصرف مالکان خود است. قسم اخیر چنان‌چه بصورت معوض و در قبال عوض باشد می‌تواند برای تحلیل و توجیه بیمه اشیاء مورد استفاده قرار گیرد.

منابع

اردبیلی، عبدالکریم، ***فقه الشرکة و کتاب التامین***، قم: منشورات مکتبه امیرالمؤمنین، ١٤١٤ ق.

بجنوردی، حسن، ***القواعد الفقهیه***، قم: نشر الهادی، ۱۴۱۹ ق.

بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، ***بلغة الفقیه***، تهران: منشورات مکتبه الصادق، ۱۴۰۳ ق.

بحرانی، یوسف بن احمد، ***الحدائق الناضرة فی أحکام العتره الطاهرة***، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ***عقد ضمان***، تهران: شرکت سهامی کتاب‌های حقیقی، ۱۳۵۲ ق.

حکیم، محسن، ***مستمسک العروه الوثقی***، قم: مؤسسه دار التفسیر، ١٤١٦ ق.

حلی، حسین، ***بحوث فقهیه***، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۵ ق.

خرازی، محسن، ***التأمین***، مجله فقه أهل البیت علیهم السلام (بالعربیه)، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۲۱ ق.

خویی، ابو القاسم، ***منهاج الصالحین***، قم: نشرالمدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.

روحانی، صادق، ***فقه الصادق علیه السلام***، قم: دار الکتاب، مدرسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۲ ق.

سبزواری، عبد الأعلی، ***مهذب الأحکام***، قم: موسسه المنار، ۱۴۱۳ ق.

شهید ثانی، زین الدین بن علی، ***مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام***، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۳ق.

صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، ***جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام***، بیروت: دار إحیاء التراث العربی، بی‌تا.

صدر، محمد باقر، ***البنک اللاربوی***، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۰۱ ق.

صدر، محمد، ***ما وراء الفقه***، بیروت: دار الأضواء للطباعه و النشر و التوزیع، ۱۴۲۰ ق.

عاملی غروی، جواد بن محمد، ***مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*** (ط - الحدیثه)، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ١٤١٩ ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف، ***تذکرة الفقهاء*** (ط - الحدیثه)، قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ق.

کاتوزیان، ناصر، ***حقوق مدنی؛ عقود اذنی وثیقه‌های دین***، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۸.

ــــــــــــ، ***قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی***، تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۷.

گلپایگانی، محمد رضا، ***هدایة العباد***، قم: دار القرآن الکریم، ١٤١٣ ق.

محقق حلی، جعفر بن حسن، ***شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام***، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.

محقق کرکی، علی بن حسین، ***جامع المقاصد فی شرح القواعد***، قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ق.

یزدي، محمد کاظم بن عبدالعظیم، ***العروة الوثقی*** (المحشی)، قم: دفترانتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.

______________، *العروة الوثقی*، بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، ١٤٠٩ ق.

______________، *حاشیة المکاسب*، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.